

## 國考偵測站 ①

## 民法篇

主筆人：蘇律師

## 壹、概說

研究所考試與國家考試時有以相同爭點命題之現象，蓋國家考試之命題者亦以各學校教授為主，了解當年度研究所考試之考試重點及命題趨勢，對準備考試上有相當助益。並且，亦需強調不論係研究所考試或國家考試，最新實務見解之重要性。今年 104 年台大（A 卷及 B 卷試題）、北大之民法考題皆有改編實務見解之出題，再者，近年來亦有以教授之文章見解及研討會見解出題之趨勢，故本文擬就最新的實務見解及相關文章觀察，整理今年法研所題目之重要爭點。

## 貳、重要爭點

**爭點一：承租人自殺致凶宅之侵權責任與契約責任**

就凶宅之爭議，多數為文在瑕疵擔保的部分，相信考生應不陌生，故就此不再贅述；惟近來多聚焦於凶宅所成立之契約責任與侵權責任，例如：承租人於出租人之房屋內自殺，是否有違反租賃契約之義務以及承租人之繼承人是否負擔侵權責任？就此爭議，建議考生應閱讀參考資料所附之陳忠五教授文章及最新實務見解，104 年台大及北大法研所考試皆以此命題，分述如下：

## (一)相關考題

104 年台灣大學法律研究所民法第一題（公法、刑法、財經法組）；104 年台灣大學法律研究所民法第二題（民法組、商法組）；104 年台北大學法律研究所民法第四題（民法組）；103 年中正大學法律研究所民法第一題（民法組）。

## (二)爭點說明

## 1.侵權責任—故意以背於善良風俗之方法？

承租人於出租人之房屋內自殺，是否該當於民法第 184 條第 1 項之前段：「故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人」之侵權責任？分析如下：

**【高點法律專班】**

版權所有，重製必究！

## (1)純粹財產上損失？

## A.差別保護說

學者多數說及實務見解（例如：最高法院 103 年度台上字第 178 號判決、最高法院 102 年台上字第 1485 號判決、102 年度台上字第 1189 號判決）對於侵權行為的保護客體採取「差別保護說」的態度，認為民法第 184 條第 1 項前段不保護「利益」。就此須以同條第 1 項後段或 2 項予以請求。

就此，成為「凶宅」是否有侵害「純粹財產上損失」之利益？最高法院 103 年度台上字第 583 號判決以及其歷審判決見解一致，皆認為此並非侵害「所有權」，而係侵害「利益」。

B.陳忠五教授－侵害權能，即係對所有權之侵害<sup>註1</sup>

陳忠五教授認為，純粹財產上損失具有補充性，僅在限於未侵害權利時始能將利益認定為純粹財產上損失，再者，老師認為，「侵害所有權的權能，即是對所有權的侵害，不已法律上喪失所有權或物理上對於所有權造成『毀損滅失』、『實體破壞』為必要。單純對使用目的或利用功能的妨礙或剝奪等，亦足夠成所有權之侵害。<sup>註2</sup>」

## (2)背於善良風俗？

## A.否定見解

最高法院 103 年度台上字第 583 號判決廢棄發回二審法院之肯定見解，而認為：「林○自殺屬於極端終結生命之方式，雖為社會所不贊同，但是否即為有背於善良風俗，不無疑義。」似採否定見解。

## B.肯定見解

台灣高等法院 101 年度上字第 502 號判決認為，「而所謂背於善良風俗並不限於一般風情民俗，只要是社會道德通念上不能接受之行為均包括在內。查自殺屬於極端終結生命之方式，經社會各界多方宣導勸阻，故自殺行為為社會所不贊同，更被視為不孝行為，顯然有背於善良風俗。」

陳忠五教授採肯定說，其認為評價重點在於「以自殺作為侵害手段」是否背於善良風俗，而非評價「自殺」本身。又善良風俗應以利益

<sup>註1</sup>陳忠五，〈承租人允許使用房屋之第三人自殺致房屋成為凶宅之損害賠償責任－最高法院 103 年度台上字第 583 號判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，第 269 期，2015 年 4 月，頁 23-43。

<sup>註2</sup>同前註一，頁 31。

衡量為價值判斷，應考量凶宅對於他人房價及用益功能之影響，且自殺係與道德觀念不相符之欠缺社會效益行為，政策上應認為與供序良俗有違<sup>註3</sup>。

### (3)故意？

最高法院 103 年度台上字第 583 號判決採否定見解：「林○燒炭自殺，雖主觀上係出於殘害自己生命之意思而為，但何以有侵害系爭房屋財產上利益之故意，原判決未說明其理由，遽謂林○有侵害被上訴人系爭房屋財產利益之故意，進而推認林○之法定代理人上訴人林業振，應依民法第一百八十四條第一項後段、第一百八十七條之規定負賠償責任，已有可議。」廢棄發回高等法院之肯定見解。

陳忠五教授認為，自殺者對於其行為將使房屋成為凶宅一事應可預見，縱使無「直接故意」，亦有容任其發生之「間接故意」，蓋其發生並不違背本意。從而認定該當故意之主觀要件<sup>註4</sup>。

### 2.承租人的契約責任—凶宅是否致租賃物「毀損滅失」？

承租人於出租人房屋內自殺，繼承人是否繼承承租人之契約責任？端視請求權基礎民法第 432 條：「承租人應以善良管理人之注意，保管租賃物，租賃物有生產力者，並應保持其生產力。承租人違反前項義務，致租賃物毀損、滅失者，負損害賠償責任。」是否成立。

對此，陳忠五教授認為，應以本條「保管義務」之目的出發，亦即該目的在維護「租賃物用益價值與交換價值」，此一義務之違反不已物理上毀損滅失為必要。再者，縱認為應嚴格解釋「毀損滅失」之文義，此時亦得類推適用，始符合規範目的<sup>註5</sup>。

### (三)參考資料

- 1.陳忠五，〈承租人允許使用房屋之第三人自殺致房屋成為凶宅之損害賠償責任—最高法院 103 年度台上字第 583 號判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，第 269 期，2015 年 4 月，頁 23-43。
- 2.向明恩，〈物之瑕疵擔保責任之再探—以凶宅案為例：評臺灣臺北地方法院九十九年度訴字第二一八號民事判決〉，《月旦裁判時報》，第 12 期，2011 年 12 月。
- 3.吳從周，〈凶宅、物之瑕疵與侵權行為—以兩種法院判決案行之探討為中

<sup>註3</sup>同註一，頁 34。

<sup>註4</sup>同註一，頁 35。

<sup>註5</sup>同註一，頁 40-41。

心》，《月旦裁判時報》，第12期，2011年12月。

4.邱琦，〈凶宅與純粹經濟上損失〉，《月旦裁判時報》，第7期，2011年2月。

## 爭點二：事實上處分權之性質

### (一)相關考題

104年台灣大學法律研究所民法第二題（公法、刑法、財經法組）、104年輔仁大學法律研究所民法第二題（刑法組）。

### (二)爭點說明

違章建物之爭議一直係實務與學說對話之重要爭點，實務對此以累積大量裁判見解、學者相關文獻亦不少，值得注意者，為2014年「最高法院關於違章建築判例之研究」座談會會議中對於事實上處分權概念之定位，亦有最新判決表明實務向來之見解（最高法院103年台上字第2241號判決），故就此爭點說明如下：

#### 1. 違章建物－融通物？不融通物？

所謂違章建物，係指未經主管建築機關審查許可並發給建築、及使用執照，而擅自建造即使用之建物，又此無法依法補辦執照並繳交相關稅款，成為合法的建物之「實質違建」（參照內政部之定義）。對於違章建物，如何所有權？通說<sup>註6</sup>認為，違章建物若符合定著物之要件（最高法院63年第6次民事決議），由「出資興建者」，**原始取得所有權。**

**再者，違章建物是否為融通物？**亦即是否為法律上容許交易之物，實務採肯定說，按最高法院48年台上1812判例見解，**違章建築物雖為地政機關所不許登記，但非不得以之為交易之標的**，故屬於融通物。

#### 2. 實務對於事實上處分權之創設

違章建物按實務見解係屬融通物，惟因無法辦理第一次所有權登記（保存登記），而無法移轉所有權移轉登記（民法第758條第1項）於買受人，基此，買受人取得何種權利？按最高法院67年度第2次民事庭庭長會議之見解，**違章建築之讓與，雖因不能為移轉登記而不能為不動產所有權之讓與，但受讓人與讓與人間如無相反之約定，應認為讓與人已將該違章建築之事實上處分權讓與受讓人。**亦即，違章建築之買受人雖不得取得「所有權」，惟得取得「事實上處分權」。

<sup>註6</sup>參見王澤鑑，《民法物權》，頁103-105，2010年2版；謝在全，《民法物權論(上)》，頁97-98、108，2010年5版；朱柏松，《民事法問題研究—物權法論》，2010年，頁125。

### 3.事實上處分權之性質—所有權？其他物權？

#### (1)事實上處分權類推適用民法第 767 條第 1 項？

實務雖創設事實上處分權之概念，惟並無明確定義該權利之性質。雖有學者<sup>註7</sup>認為事實上處分權實際係所有權之概念，惟最高法院對此明確採否定說，按實務見解（最高法院 103 年台上 2241 號判決、最高法院 100 年台上字第 1275 號判決、最高法院 95 年台上 94 號判決參照）：「又未辦理保存登記房屋之買受人，固取得該違章建築之事實上處分權，惟依前開規定，該事實上處分權究與物權性質不同，自無同法第七百六十七條第一項物上請求權規定適用，亦無類推適用餘地。」

#### (2)事實上處分權適用民法第 767 條第 2 項？

按民法第 757 條之規定：「物權除依法律或習慣外，不得創設。」亦即，2009 年增訂容許以習慣法創造物權後，有論者（學者蔡明誠、學者張永健）認為得以習慣法創設事實上處分權為其他物權。蓋判例得認為係民法第 1 條之所指之習慣法，且民間上大量違章建物之交易慣行，是否可認為具備客觀上有長期慣行之事實，主觀上具備人民法之確信，可創設事實上處分權為物權之種類，不無討論空間。若採肯定者，則得依民法第 767 條第 2 項：「前項規定，於所有權以外之物權，準用之。」準用第 1 項之物上請求權。

惟應注意者，習慣法以不違反公序良俗為要件（第 2 條），違章建物是否違反公序良俗，而無透過習慣法創設之空間，仍待法院判決予以判斷。

### 4.小結

綜上所述，實務見解認為事實上處分權並非物權性質，不得類推適用物上返還請求權，惟學說上有主張得以習慣法創設物權種類，有民法第 767 條第 2 項之適用。應加以說明者，按實務見解之脈絡，雖不得主張物上請求權，惟事實上處分權人亦受占有相關規定之保護（民法第 962 條），再者，實務見解肯認，事實上處分權人得代位建物所有人提起債務人異議之訴（最高法院 100 年台上字第 1183 號判決），亦即應注意事實上處分權人有無民法第 242 條代位之權利。

<sup>註7</sup>謝哲勝，違章建築的事實上處分權—最高法院四十三年臺上字第八五六號判例、六十七年度第二次民事庭決議(1)、六十九年度臺上字第三七二六號判決、八十六年度臺上字第二二七二號判決評釋，《財產法專題研究（五）》，2006 年，頁 175-176；吳光明，《物權法新論》，2006 年，頁 101。

## (三)參考資料

- 1.蔡明誠、張永健、魏大曉、黃虹霞、詹森林，謝在全主持，「最高法院關於違章建築判例之研究」座談會會議綜述，《月旦裁判時報》，第29期，2014年10月，頁171-196。
- 2.許政賢，〈淺析違章建築事實上處分權之定位〉，《月旦裁判時報》，第30期，頁63-73。

**爭點三：違章建物之優先承買權**

## (一)相關考題

104年台灣大學法律研究所民法第二題（公法、刑法、財稅組）

## (二)爭點說明

民法第426之2條第1項之規定：「租用基地建築房屋，出租人出賣基地時，承租人有依同樣條件優先承買之權。承租人出賣房屋時，基地所有人有依同樣條件優先承買之權。」此時有疑義者，若承租人所建築者為違章建物，是否仍符合租地建「屋」的要件而有優先承買權？對此，實務見解有分歧，亦有學者為文評析，故就此爭點說明如下：

## 1.肯定說

**實務之多數見解**認為（最高法院85年台上字第1051號判決、最高法院86年台上字第1758號判決、最高法院91年台上字第2154號判決），基地承租人行使優先承買權，其所建築之房屋不以合法建物為必要，蓋此優先承買權為成立買賣契約之形成權，至於房屋之所有權能否移轉登記，在所不問。

又以民法第426條之2之立法意旨觀之，此係旨在達成「使用與所有合一」之目的，以發揮土地之利用價值，盡經濟上之效用。以避免建物嗣後無使用權限遭拆屋還地，以此觀點，若所建築者為違章建築，應無不同。

再者，依最高法院67年第2次民庭庭推總會決議見解，違章建物得移轉**事實上處分權**，仍為融通物，非不得為交易標的，自無礙租地建屋本質，應不排除民法第426條之2之適用。

## 2.否定說

亦有少數判決採否定說（最高法院80年台上字第2105號判決），認為違章建物得為拆除，與優先承買權立法意旨是否相符，不無疑問。**學說通**

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

說亦採否定說<sup>註8</sup>，認為民法第426條之2之優先承買權既為物權效，因行使上之效力較強，應兼顧第三人及交易安全、社會利益，從而適用範圍有從嚴之必要。

再者，違章建物無法辦理保存登記，並無公示外觀，若得主張優先承買權，將有害於交易安全，易導致權利之糾紛。

### 3. 小結

對此爭議，最新之實務見解（最高法院103年台上字第2188號判決）採肯定說：「此項優先購買權，於基地或房屋出賣時始行發生（司法院釋字第一二四號解釋意旨參照）。因此，苟基地之承租人於基地出賣時，在該土地上蓋有房屋，即得按上開規定，有依買賣契約同樣條件優先購買（承買）之權。縱該房屋為違章建築，且於原告提起確認之訴後，因未能補正手續而遭受主管機關拆除亦然。蓋違章建築之房屋，僅因欠缺行政管理之規定，不許向地政機關辦理第一次所有權登記，但尚非不得以之為交易之標的（本院50年台上字第1236號判例參照）而讓與其實事上之處分權。倘於基地出賣時蓋有之該房屋具有一定之經濟價值，且承租人與基地所有人訂立租約時，係約定以在土地上有房屋（建築物）為目的，即不因該房屋嗣後被拆除而影響其原本已取得之優先購買權，以貫徹法律就優先購買權重在使基地及其上之房屋合歸一人所有之旨意及實務上對違章建築賦與事實上處分權之內涵。」

### 4. 其他爭點

本文就最新關於優先承買權之實務見解附論如下：

#### A. 【最高法院103年台上字1787號判決】—「相同條件」之解釋

土地法第一百零四條第一項所謂承租人有依同樣條件優先購買之權，係指租用基地建築房屋之承租人於出租人出賣其基地或應有部分時，對於該出租人有請求以「同樣條件」訂立買賣契約之權利而言。故基地承租人行使優先購買權時，應接受出租人與他人所訂原買賣契約之包含標的、價金等一切條件，不得部分不接受或予以變更。

民法第426-2條之優先承買權，係本於土地法第104條所制定，在條文之操作解釋上應為相同。

<sup>註8</sup> 鄭玉波，〈論先買權〉，收錄於：《民商法問題研究（一）》；溫豐文，〈基地承租人之優先承買權〉，《月旦法學雜誌》，第78期；陳立夫，〈土地法第104條之基地優先購買權〉，《台灣本土法學雜誌》，第18期。

B.【最高法院 103 年台上字 1481 號判決】—僅承租基地一部分之優先承買權範圍

按基地出賣時，地上權人、典權人或承租人有依同樣條件優先購買之權。房屋出賣時，基地所有權人有依同樣條件優先購買之權。其順序以登記之先後定之，土地法第 104 條第 1 項定有明文。此項規定之目的，在保護現有基地或房屋所有權人、典權人、地上權人、承租人或其他合法使用人之權益，使土地所有權之歸屬及利用於公平合理之原則下，歸併同一人。而基地承租人係指承租基地在其上興建建築物之承租人，故如所承租之範圍僅為土地之一部，就其餘部分並無承租權，則於土地出賣時，除該土地有不能分割之情形外，承租人之優先承買權，應限於承租範圍內之基地。

(三)參考資料

- 1.吳從周，〈違章建築與基地承租人之優先承買權〉，《月旦法學教室》，第 121 期，2012 年 10 月，頁 15-17。
- 2.溫豐文，〈基地承租人之優先承買權〉，《月旦法學雜誌》，第 78 期。
- 3.陳立夫，〈土地法第 104 條之基地優先購買權〉，《台灣本土法學雜誌》，第 18 期。

**爭點四：借名登記之出名人處分效力**

(一)相關考題

104 年台灣大學法律研究所第二題（民法組、商法組）、104 年成功大學法律研究所第二題（乙組、丙組）、104 年中正大學法律研究所第一題（財經法組）。

(二)爭點說明

本爭點雖非新穎考點，惟 103 年最高法院有兩個判決（最高法院 103 年度台上字第 1518 號判決、最高法院 103 年度台上字第 2142 號判決）改採出名人之處分為「有權出分」，一改以往「無權處分」之穩定見解（最高法院 98 年度台上字第 76 號判決），考生應予注意，故就此討論如下

1.借名契約之定性

借名契約係指當事人約定，一方借名人將自己之財產登記於他方出名人名義下，仍由自己管理使用收益處分，他方允就該財產為出名登記之契約。亦即，借名登記係借名人以出名人名義登記自己所有物，其目的並不得而知。有可能是為了節稅，也有可能為了避免保全處分而為。實務

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！



上屢見不鮮，故有討論之重要性。

借名契約為無名契約，實務見解（最高法院 100 年台上字第 1972 號判決）認為，因借名契約側重信賴關係，係類似委任之無名契約，而非信託契約。故依民法第 529 條之規定，借名契約依委任契約之相關規定處理。

## 2. 出名人之處分效力

借名人仍為所有權人，故出名人未經借名人之同意，處分借名物之處分效力如何？討論如下：

### (1) 無權處分說

※最高法院 98 年度台上字第 76 號判決

按稱「借名登記」者，謂當事人約定一方將自己之財產以他方名義登記，而仍由自己管理、使用、處分，他方允就該財產為出名登記之契約，其成立側重於借名者與出名者間之信任關係，在性質上應與委任契約同視，倘其內容不違反強制、禁止規定或公序良俗者，固應賦予無名契約之法律上效力，並類推適用民法委任之相關規定。惟出名者違反借名登記契約之約定，將登記之財產為物權處分者，對借名者而言，即屬無權處分，除相對人為善意之第三人，應受善意受讓或信賴登記之保護外，如受讓之相對人係惡意時，自當依民法第 118 條無權處分之規定而定其效力，以兼顧借名者之利益。

### (2) 有權處分說

※最高法院 103 年度台上字第 1518 號判決

「查不動產借名登記契約為借名人與出名人間之債權契約，出名人依其與借名人間借名登記契約之約定，通常固無管理、使用、收益、處分借名財產之權利，然此僅為出名人與借名人間之內部約定，其效力不及於第三人。出名人既登記為該不動產之所有權人，其將該不動產處分移轉登記予第三人，自屬有權處分，無無權處分可言。」此最新見解認為，借名契約為債權契約，基於債之相對性，不得對抗第三人，故處分自屬有權處分。惟此判決之論理似過於跳躍，何以本於債之相對性，出名人之處分即為有權處分？蓋此時所有權人仍為借名人。

※最高法院 103 年度台上字第 2142 號判決

「是借名人有將該財產所有權移轉予出名人之意思表示，出名人亦有同意該財產所有權移轉於己之意思表示，並依法完成所有權移轉登記手續者，出名人即取得該財產之所有權，僅出名人基於其與借

名人間之內部關係（即借名登記契約），對於借名人負契約約定之義務，及於借名登記契約終止時，負將借名登記之物返還予借名人之給付義務。」

本判決認為出名人與借名人間有物權行為，亦即「出名人已取得所有權」，故為有權處分，僅係依出名人與借名人之債權契約，出名人有不得使用收益處分之義務而已。

對此，吳從周老師亦採肯定說，老師認為不論善惡意皆應屬有權處分，蓋借名人透過借名契約獲利時，自應考量其風險，故借名人僅得依內部關係求償，保護交易安全。

(三)參考資料

- 1.吳從周、卓心雅，〈借名契約與無權處分〉，《台灣法學雜誌》，第137期。
- 2.詹森林，〈借名登記出名人之無權處分及借名人回復登記之請求權基礎，兼論出名人之不法管理責任〉，《台灣法學雜誌》，第186期。
- 3.詹森林，〈借名登記契約之法律關係〉，《台灣本土法學雜誌》，第43期。
- 4.陳聰富，〈脫法行為、消極信託及借名登記契約〉，《月旦法學雜誌》，第123期。

**爭點五：抵押權之擔保範圍**

(一)相關考題

104年台北大學法律研究所民法第二題（民法組）。

(二)爭點說明

1.抵押權擔保之債權是否已登記為必要？

約定利息、違約金，以登記為必要，方成為抵押權擔保之範圍，此爭論未隨修法而停止，惟近來實務判決及學說見解皆以肯定說為方向，且於102年第13次民事庭會議決議作成後，依此決議認為法定遲延利息始不需登記之見解作反面解釋，可認為係採肯定說，分述如下：

(1)肯定說

※最高法院99年度台上字第1470號判決

按抵押權乃為擔保特定債權而存在，且係就特定物設定之，抵押物與擔保債權應均屬構成抵押權內容之重要部分，是以抵押權需以登記方法加以公示者，不啻著重於標的物之特定（何一不動產有抵押權），尚包括所擔保債權之特定，必該債權「種類及金額」均特定，於確定抵押權人對抵押物所得支配交換價值之限度後，後次序抵押

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

權之設定始不致陷於不安狀態，或阻礙抵押物交換價值之有效利用。因之，已構成抵押權重要內容一部之特定標的物及特定擔保債權「種類暨金額」(標的物及擔保債權均特定)，俱應為抵押權登記事項之範圍，各該特定事項非經依法逐一登記後，不生物權之效力，此即為抵押權所揭糞表裏有密切關係之「公示原則」與「特定原則」。

※最高法院 101 年度台上字第 570 號判決

按抵押權所擔保之債權，其種類及範圍，屬於抵押權之內容，依法應經登記，始生物權之效力，如未於土地登記簿一一記載，應以抵押權人聲請登記時提出之抵押權設定契約書，視為登記簿之附件，在該契約書上記載之該抵押權所擔保之債權，始為抵押權效力之所及，若於登記簿及抵押權設定契約書均未記載者，即非抵押權所擔保之債權，應非抵押權效力所及。

謝哲勝老師為文評論此判決<sup>註9</sup>，認同此判決之作法，認為登記附件足以保護交易安全如內容過冗長，登記簿所列個欄不能容納，不仿以附件記載，作為登記簿之一部。且本於意思自治所形成的權利自由，應可為之，附件亦得查閱，對第三人無不測可言。

謝在全老師亦認為<sup>註10</sup>，基於保護後順位之抵押權人及貫徹不動產物權公示原則及公信原則，應不能將未經登記之約定利息歸入抵押權之擔保範圍。

鄭冠宇老師認為<sup>註11</sup>，透明化不僅保障交易安全，且有助擔保物價值之極大化，故於土地登記規則第 111 條之 1 規定：「申請普通抵押權設定登記時，登記機關應於登記簿記明擔保債權之金額、種類及範圍；契約書訂有利息、遲延利息之利率、違約金或其他擔保範圍之約定者，登記機關亦應於登記簿記明之。」

## (2) 否定說

若以歷史解釋觀察，行政院於 2006 年提出之草案原欲增訂：「約定之利息、違約金或前向但書契約之約定，以經登記者為限。利率未約定，依法定利率計算之。」惟此草案最終為立法者所刪除。

<sup>註9</sup>謝哲勝，〈抵押權設定契約書所記載的債權為抵押權效力所及〉，《月旦裁判時報》，第 20 期，2013 年 4 月。

<sup>註10</sup>謝在全，《民法物權論（中）》，修訂四版，頁 417。

<sup>註11</sup>鄭冠宇，〈抵押權擔保債權之效力範圍〉，《台灣法學雜誌》，第 145 期，2010 年 2 月。

謝哲勝老師認為<sup>註12</sup>登記僅係用來保護交易安全，交易安全係指避免善意第三人受到不測損害，一般交易債權都以有約定利息和違約金為原則，後次序抵押權人應得合理預期，無不測可言。

## 2.法定遲延利息不已登記為必要

※102年第13次民事庭會議決議

此決議針對最高法院73年台抗第239號判例：「抵押權所擔保債權之範圍，應包括遲延利息在內，且不以登記為必要。」加註：「所謂遲延利息，依民國十八年民法第八百六十一條立法意旨之說明及判例之案例事實，係指法定遲延利息。」

本文認為，102年第13次民事庭會議決議作成後，依此決議認為法定遲延利息始不需登記之見解作反面解釋，可認為係採肯定說。故此決議對於判例之加註，考生應予注意。

### (三)參考資料

- 1.謝哲勝，〈抵押權設定契約書所記載的債權為抵押權效力所及—最高法院101年度台上字第570號民事判決評釋〉，《月旦裁判時報》，第20期，2013年4月。
- 2.陳榮傳，〈抵押權利息欄登記「空白」或「無」的效力〉，《台灣法學雜誌》，第230期，2013年8月。
- 3.鄭冠宇，〈抵押權擔保債權之效力範圍〉，《台灣法學雜誌》，第145期，2010年2月。
- 4.謝哲勝，〈民法物權編（擔保物權）修正簡介與評析〉，《台灣本土法學》，第93期。

## 爭點六：扣減權之行使

### (一)相關考題

104年台灣大學法律研究所民法第三題（公法、刑法、財稅組）。

### (二)爭點說明

民法第1225條：「應得特留分之人，如因被繼承人所為之遺贈，致其應得之數不足者，得按其不足之數由遺贈財產扣減之。」本條之扣減權為繼承法重要考點，考生應不陌生，此權利之性質，考生應無問題，惟重點是該權利之「行使方法」及「消滅時效」，就此說明如下：

<sup>註12</sup>謝哲勝，〈民法物權編（擔保物權）修正簡介與評析〉，《台灣本土法學》，第93期。

### 1.扣減權之性質—通說實務採「物權形成權說」

學說上見解分歧，有永久抗辯權說、債權說、債權之形成權說、形成權兼抗辯權說，建議考生無需就眾多學說性質分別論述，逕就實務見解及多數學說所採之「物權形成權說」為敘述即可。

參最高法院 91 年度台上字第 556 號判決：「是扣減權在性質上屬於物權之形成權，一經扣減權利人對扣減義務人行使扣減權，於侵害特留分部分即失其效力。且特留分係概括存在於被繼承人之全部遺產，並非具體存在於各個特定標的物，故扣減權利人苟對扣減義務人行使扣減權，扣減之效果即已發生其因而回復之特留分乃概括存在於全部遺產，並非具體存在於各個標的物。」

### 2.扣減權之行使方法

考生應注意扣減權並非僅係計算有無侵害特留分之數學問題，而應了解於何時行使，且以何種方法行使，分述如下：

#### (1)遺囑之標的物尚未移轉前

標的物之物權尚未移轉時，性質屬於物權形成權之扣減權無從發生。

#### (2)遺囑之標的物已移轉

應區分為「遺產分割前」與「遺產分割後」：

##### A.遺產分割前

此時尚未確定每個繼承人實際所獲知遺產，故理論上無從確知特留分之侵害多寡，基此，再遺產分割前，無法主張扣減權。扣減權之行使，應於遺產分割程序中主張之。

##### B.遺產分割後

此時特留分受侵害者，得主張扣減權，再基於所有物返還請求權請求返還標的物。

### 3.扣減權之消滅時效

#### (1)學說見解

特留分之扣減權之行使期間並無規定，就此，學說上之見解分歧：有論者認為，此時應無特別規定，即依民法第 125 條，適用一般性之規定 15 年；亦有論者<sup>註13</sup>認為扣減權為形成權，惟未規定除斥期間，應類推適用民法第 93 條之規定；亦有論者<sup>註14</sup>認為，特留分被侵害行使扣減

<sup>註13</sup>林秀雄，《繼承法講義》，2009年10月，頁346-347。

<sup>註14</sup>陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，《民法繼承新論》，2010年3月，頁415-416。

權，與繼承權被侵害主張繼承回復請求權之情況相似，故應類推適用民法第1146條第2項之規定。

(2)實務見解

對此爭議，最高法院 103 年台上字第 880 號判決之見解認為，應類推適用民法第 1146 條第 2 項之規定：

「此項特留分扣減權性質上為物權之形成權，民法就此雖未設消滅期間，惟特留分權利人行使扣減權，與正當繼承人行使繼承回復請求權之法律效果相類似，涉及親屬關係暨繼承權義，為早日確定有關扣減之法律關係，以保護交易安全，應類推適用民法第一千一百四十六條第二項規定，即自扣減權人知其特留分被侵害之時起二年間不行使而消滅，自繼承開始起逾十年者亦同。」

(三)參考資料

- 1.黃詩淳，〈以遺囑處分遺產之方法與區別實益—最高院 99 年度台上 918 號民事判決及其他相關實務見解評析〉，《月旦法學雜誌》，第 225 期。
- 2.黃詩淳，〈共同繼承人間的特留分扣減與繼承回復請求權—最高法院 103 台上 880 判決〉，《台灣法學雜誌》，第 262 期。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！